Introduction :

« Torturés, victimes de mauvais traitements et d'agressions sexuelles, soumis de force à des traitements médicaux ou psychiatriques, contraints de fuir leur pays d'origine par crainte des persécutions, les lesbiennes, les gays et les personnes bisexuelles ou transsexuelles sont, dans le monde entier, exposés aux violations des droits humains en raison de leur identité sexuelle »[1]. Voilà ce que déclarait Amnesty International en juin 2001. Depuis, malheureusement, la situation n'a que peu évoluée.

Il y a quelques jours l'Agence des droits fondamentaux de l'Unions européenne publiait un rapport sur la situation des personnes lesbiennes, gays, bisexuelles et transsexuelles au sein de l'Union européenne. Situation qu'elle juge encore préoccupante. Or, certains pays européens, tel que la Belgique, sont reconnus pour avoir une législation progressiste en la matière, en matière de mariage[2] par exemple, ce qui est loin d'être le cas partout dans le monde.[3]

En effet, comme le révélait une fois de plus Amnesty International « dans plus de 70 pays les relations homosexuelles sont considérées comme une infraction et, dans certains cas, elles sont passibles de la peine de mort »[4].

Certes, donc, des progrès doivent encore être fait, chez nous, afin d'améliorer la tolérance au quotidien envers, notamment, les personnes homosexuelles. Mais, dans certains pays, leur situation peut-être bien pire, les forçant parfois à fuir afin d'éviter d'être persécutés.

Dans ce travail nous analyserons quelles sont les solutions et le soutien que nos états offrent à ces personnes, contraintes de fuir leurs pays de peur de subir des traitements inhumains ou dégradants. Quelles sont les conditions que celles-ci doivent remplir afin de bénéficier d'une protection et de se voir reconnaître le statut de réfugié.

D'un un premier temps, nous examinerons ces situations d'un point de vue théorique. Nous nous arrêterons sur la notion d'appartenance à un certain groupe social, qui, nous le verrons, joue un rôle central en la matière. Pour terminer, dans un second temps, nous analyserons la pratique. Nous étudierons alors d'un peu plus près la jurisprudence, pas toujours homogène, en la matière et l'évolution qu'elle a connue.

Chapitre 1er : La protection des personnes homosexuelles en théorie

Section 1ère : La Convention de Genève et la définition du réfugié[5]

En droit des réfugiés, la Convention de Genève du 28 juillet 1951 constitue sans aucun doute la source fondamentale[6] et reste l'instrument juridique central de la protection des victimes de persécution à travers le monde[7].

---

[1] Amnesty International, Bulletin d'information 102/01, 22 juin 2001, www.amnesty.org.
[2] En Belgique : Loi ouvrant le mariage aux personnes de même sexe du 13 février 2003, *M.B.*, 28 février 2003.
[3] *Le Soir*, « Gays et lesbiennes discriminés », mercredi 1er avril 2009, p. 5.
[4] Amnesty International, Bulletin d'information 102/01, 22 juin 2001, *op. cit.*
[5] Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, Nations Unies, *recueil des traités*, vol. 189, n° 2545.

C'est à ce titre qu'elle établit certains principes fondamentaux du droit des réfugiés et donne en son article 1A la définition de leur statut, libellé comme suit :

> « Le terme réfugié s'appliquera à toute personne qui […] craignant avec raison d'être persécuté du fait de sa race, de sa religion, de sa nationalité, de son appartenance à un certain groupe social ou de ses opinions politiques se trouve hors du pays dont elle a la nationalité et qui ne peut, ou du fait de cette crainte, ne veut se réclamer de la protection de ce pays. »

Nombreux sont les points de cette définition qui mériteraient qu'on s'y intéresse. Nous nous contenterons toutefois, dans le cadre de ce travail, à l'analyse d'un seul de ces éléments, à savoir l'appartenance à un groupe social comme cause de persécution. En effet, bien qu'on puisse imaginer que la persécution d'une personne homosexuelle soit exercée en raison d'autres éléments de cette définition[8], tel que l'opinion politique ou la religion, ce dernier est le plus généralement appliqué. L'appartenance à un certain groupe social est donc le critère communément employé afin de prendre en compte l'homosexualité comme cause de persécution et donc de reconnaissance du statut de réfugié. A ce titre, il mérite qu'on s'y attarde.

Section 2ème : La notion d'appartenance à un certain groupe social

A. Origine

Cette notion, que l'on peut qualifier de floue, fut ajoutée à la fin du processus de création de la Convention de Genève sur proposition peu motivée de la délégation suédoise[9]. Celle-ci s'est en effet limitée à déclarer que de tels cas de persécution existaient et qu'il serait donc opportun de les mentionner de manière explicite[10].

Les travaux préparatoires sur la question n'apportent que peu d'éléments. Le manque de débat laisse donc à penser que les rédacteurs avaient en tête des situations évidentes à l'époque, telles que la protection de certaines classes sociales suite aux problèmes émergeants au sein du bloc soviétique[11].

Néanmoins, comme nous le verrons l'interprétation de cette notion n'est pas restée figée. Elle a fortement évolué avec le temps et dépasse aujourd'hui de loin la portée qu'elle avait vraisemblablement initialement[12]. Voyons toutefois sur base de quoi cette interprétation évolutive de la notion de groupe social, qui permet aujourd'hui d'offrir une protection aux personnes persécutées en raison notamment de leur orientation sexuelle, a pu se développer.

---

[6] R. ERRERA, « La directive européenne du 29 avril 2004 sur le statut de réfugié, la protection internationale et les garanties contenues dans la convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. D. H.,* 2008, liv. 74, p. 349.

[7] V. CHETAIL, « Le principe de non-refoulement et le statut de réfugié en droit international », in X, *La convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés. 50 ans après : bilan et perspectives,* Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 3 et 4.

[8] Par exemple, si, dans une société religieuse une certaine vision du rôle de la femme est présentée comme étant la bonne et que l'homosexualité est contraire à cette vision, les persécutions consécutives à son exercice peuvent-être considérées comme imposées en raison de la religion du persécuteur. Voir à cet égard, J.-Y. CARLIER, *Droit d'asile et des réfugiés. De la protection aux droits.,* Leiden/Boston, Martinus nijhoff Publishers, 2008, p. 210, note de bas de page n° 454.

[9] J.-M. THOUVENIN, « La jurisprudence récente de la commission des recours des réfugiés : entre continuité, rigueur, et efforts d'adaptation », *Rev. trim. D.H.,* 1997 (1ère partie), p. 638.

[10] UNGA, « Conference of plenipotentiaries on the status of refugees and stateless persons, summary record of the third meeting held at the palais des nations, Geneva, Tuesday 3 july 1951, doc. A/CONF.2/SR. 19, www.unhcr.fr, p. 14,

[11] J.-Y. CARLIER, *op. cit.,* p. 209 ; GUY S. GOODWIN-GILL ET J. MCADAM, *The refugee in international law,* Oxford, Oxford University Press, 3rd ed., 2007, p. 74.

[12] J.-Y. CARLIER, *op. cit.,* p. 210.

B. Définition

- Le guide du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés[13]

Le HCR a édité ce manuel[14] alors que les développements sur la question de l'appartenance à un certain groupe social n'en étaient qu'à leurs prémisses. Ceci est sans doute la raison de la généralité de son apport que nous nous contenterons donc ici de mentionner.

> « 77. Par «un certain groupe social», on entend normalement des personnes appartenant à un groupe ayant la même origine et le même mode de vie ou le même statut social. La crainte d'être persécuté du fait de cette appartenance se confondra souvent en partie avec une crainte d'être persécuté pour d'autres motifs, tels que la race, la religion ou la nationalité.
> 78. L'appartenance à un certain groupe social peut être à l'origine de persécutions parce que les prises de position politique, les antécédents ou l'activité économique de ses membres, voire l'existence même du groupe social en tant que tel, sont considérés comme un obstacle à la mise en œuvre des politiques gouvernementales.
> 79. Normalement, la simple appartenance à un certain groupe social ne suffira pas à établir le bien-fondé d'une demande de reconnaissance du statut de réfugié. Il peut cependant y avoir des circonstances particulières où cette simple appartenance suffit pour craindre des persécutions. »

- La directive qualification 2004/83/CE[15]

Il est intéressant de s'arrêter quelques instants sur cette directive qui vise, entre autres, à « aider les Etats membres »[16] dans l'application de la Convention, notamment en proposant une définition de la notion d'un certain groupe social. En effet, en son article 10-1, d) elle dispose que :

> « Un groupe est considéré comme un certain groupe social lorsque, ses membres partagent une caractéristique innée ou une histoire commune qui ne peut être modifiée, ou encore une caractéristique ou une croyance à ce point essentielle pour l'identité ou la conscience qu'il ne devrait pas être exigé d'une personne qu'elle y renonce, et ce groupe a son identité propre dans le pays en question parce qu'il est perçu comme étant différent par la société environnante. »

De cette définition deux critères peuvent être dégagés : l'existence d'une caractéristique commune et essentielle ne pouvant être modifiée et la perception par la société environnante de ce groupe comme étant différent[17]. Comme nous le verrons dans la deuxième partie cette dualité de conditions et leur combinaison par la conjonction « et » posent certaines questions quant à son application.

---

[13] Ci-après HCR.
[14] HCR, Guide des procédures et critères à appliquer pour déterminer le statut de réfugié au regard de la Convention de 1951 et du Protocole de 1967 relatifs au statut des réfugiés, HCR/1P/4/FRE/REV.1, Genève 1979, reéd. 1992.
[15] Directive 2004/83/CE du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts, COM/2001/0510 final - 2001/0270CNS.
[16] Préambule de la directive 2004/83/CE, considérant 16.
[17] J.-Y. CARLIER, *op. cit.*, p. 210; S. SAROLEA, *La réforme du droit des étrangers. Les lois du 15 décembre 2006*, Bruxelles, Kluwer, 2007, p. 224.

- Interprétation

Comme le prévoit l'article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités[18] :

> « Un traité doit être interprété de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer aux termes du traité dans leur contexte et à la lumière de son objet et de son but ».

Dans le cadre de la Convention de Genève sur le statut des réfugiés, c'est la notion de protection qui, selon nous, représente le mieux son «objet» et son «but»[19]. Cela ressort d'ailleurs de manière explicite du préambule de la Convention dans lequel sont présentés les objectifs de la Convention, à savoir assurer aux réfugiés le plus large exercice de leurs droits et libertés fondamentales et élargir un maximum l'étendue de leur protection.

La notion d'appartenance à un certain groupe social doit donc être interprétée à la lumière de ce *but de protection*. Cela amène à étendre le champ d'application de cette notion, ce qui est facilité par son caractère flou et général. A l'instar d'autres instruments de protection des droits de l'homme, une interprétation évolutive est donc possible ici[20]. C'est grâce à cela que son champ d'application a d'ailleurs pu être étendu, notamment aux dossiers de personnes persécutées en raison de leur homosexualité. Néanmoins, il faudra se garder de voir dans la cause d'appartenance à un groupe social distinct une *notion fourre-tout* ou un *filet de sécurité*[21], et ce, pour plusieurs raisons :

- D'un point de vue général d'abord, il est clair que le but de la Convention n'était certainement d'offrir une protection à toutes les personnes victimes de persécution. Une telle interprétation serait donc inconciliable avec la structure même de la Convention.[22]

- Ensuite, il est établit que le seul fait d'être victime de persécution ne peut être l'unique élément constitutif du groupe social[23]. Néanmoins, rien n'empêche que cet élément serve d'appui et de renfort à la définition du groupe, basée sur un élément indépendant. Ce sera notamment le cas lorsqu'il participe à donner aux victimes de la persécution une sensation de cohésion et de groupe, ou à donner au reste de la société une perception de celui-ci comme étant distinct. [24]

- Enfin, la notion d'appartenance à un certain groupe social ne doit pas être considérée comme un terme général qui permettrait de protéger toutes les personnes victimes de persécution n'entrant pas de manière spécifique dans les autres motifs précis énumérés. En effet, cela rendrait ces derniers inutiles et redondants. Cette cause doit être considérée comme un

[18] Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, Nations Unies, *Recueil des Traités,* vol. 1155, p. 331.

[19] R. ERRERA, « The concept of membership of a particular social group in refugee law », in *Völkerrecht als Weltordnung. Common Values in International Law. Festschrift für Christian Tomuschat,* sous la direction de P.M. DUPUY, B. FASSBENDER, M.N. SHAW ET K.P. SOMMERMANN, 2006, P. 135.

[20] J.-Y. CARLIER, *op. cit.*, p. 210.

[21] S. BODART, « Les limites de la notion de réfugié. Pratiques des instances belges de l'asile. La Commission permanente de recours des réfugiés », *Rev. drt. étr.,* 2004, pp. 742 et 743.

[22] T. ALEINIKOFF, "Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of "Membership of particular social group", in E. FELLER, V. TÜRK ET F. NICHOLSON (dir. Publ.), *Refugee protection in international law,* Cambridge University Press, 2003, p. 285.

[23] Voir notamment House of Lords, United Kingdom, 25 mars 1999, affaires jointes *Islam v. Secretary of State for the Home Department et R v. Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Department, ex parte Shah,* (1999) 2 WLR 1015 ; (1999) INLR 144, également *IJRL*, 1999, p. 545; High Court of Australia, 1997, *Applicant A v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, 190 CLR 225 at 265-6*;* J.-Y. CARLIER, *op. cit.*, p. 210.

[24] T. ALEINIKOFF, "Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of "Membership of particular social group", in E. FELLER, V. TÜRK ET F. NICHOLSON (dir. Publ.), *op. cit.,* pp. 286 à 288.

élément entièrement indépendant, jouissant d'une interprétation et d'une application autonome par rapport aux quatre autres. L'application du principe *ejusdem generis*, qui veut que l'interprétation d'un terme général précédé par des termes spécifiques soit limitée par l'idée et la trame générale introduite par ceux-ci, n'est donc pas de rigueur[25]. Néanmoins, notons que rien n'empêche que la notion de groupe distinct, aussi indépendante soit elle, puisse être liée à l'une ou l'autre des autres causes énumérées dans la définition[26]. [27]

Une approche différente proposée afin d'interpréter et de délimiter le concept d'appartenance à un groupe social déterminé est celle de l'*anti-discrimination*. Certains prétendent en effet que cette notion est sous-jacente à la Convention de 1951 et qu'elle représente une idée commune aux 5 motifs de persécution, dans la mesure où toutes les personnes persécutées pour les raisons énumérées sont également victimes de discrimination. Cette approche, qui pose encore certains problèmes[28], reviendrait donc à inclure dans le critère d'appartenance à un certain groupe social tout groupe dont les droits fondamentaux seraient violés de manière discriminatoire[29]. [30]

Bien que certains paramètres de la notion d'appartenance à un certain groupe social soient aujourd'hui délimités avec certitude, certaines questions persistent quant à son interprétation. Malheureusement, la portée limitée de ce travail nous empêche d'analyser ces points théoriques plus en détails. Par ailleurs, en la matière, l'analyse pratique est tout aussi importante. En effet, c'est également grâce à elle et aux recours de plus en plus nombreux sur base de la notion de groupe social que son champs d'application s'étend aujourd'hui aux personnes craignant d'être persécutées en raison de leur homosexualité[31]. Nous allons donc voir maintenant comment ces débats théoriques sont représentés en pratique.

Chapitre 2ème : La protection des personnes homosexuelles en pratique

L'interprétation évolutive de la notion d'appartenance à un certain groupe social a permis depuis longtemps déjà d'attribuer le statut de réfugié à des personnes dont l'orientation sexuelle les amène à craindre avec raison que, en cas de retour dans leur pays, ils risquent de faire l'objet de persécutions.

Section 1ère : En Belgique

En Belgique, le Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides a créé depuis quelques années déjà une cellule spécifique spécialisée dans les problèmes de genre. Les dossiers

---

25 *Ibidem,* pp. 289 et 290.
26 R. ERRERA, « The concept of membership of a particular social group in refugee law », in *op. cit.,* p. 136.
27 T. ALEINIKOFF, "Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of "Membership of particular social group", in E. FELLER, V. TÜRK ET F. NICHOLSON (dir. Publ.), *op. cit.,* p. 285.
28 *Ibidem*, p. 290-292.
29 Voir House of Lords, United Kingdom, 25 mars 1999, affaires jointes *Islam v. Secretary of State for the Home Department et R v. Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Department, ex parte Shah,* (1999) 2 WLR 1015 ; (1999) INLR 144, également *IJRL*, 1999, p. 496.
30 T. ALEINIKOFF, "Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of "Membership of particular social group", in E. FELLER, V. TÜRK ET F. NICHOLSON (dir. Publ.), *op. cit.,* p. 290 et 291.
31 *Ibidem*, p. 264.

concernant des personnes qui invoquent leur homosexualité comme motif de persécution bénéficient donc d'un traitement par des agents spécialisés dans ce domaine. Ceci témoigne de la place et l'importance significatives accordées à ces demandes.[32]

Un cas récent[33] concernait un jeune mauritanien, que nous appellerons X, entretenant une liaison homosexuelle avec un homme d'une autre ethnie. Quelques mois après le début de cette relation X souhaita y mettre un terme, ce que, dit-il, son compagnon n'accepta pas. Afin de se venger celui-ci l'aurait alors dénoncé à la police, qui elle-même l'aurait retenu prisonnier plus d'un mois, aurait parlé de son homosexualité à son père et l'aurait menacé de le traduire en justice. Après s'être évadé, il a fuit vers la Belgique et y a demandé le statut de réfugié sur base de la Convention de Genève de 1951. Dans un premier temps le Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides[34] rejeta sa demande, estimant que les faits allégués ne permettaient pas de conclure à une « crainte de persécution fondée » dans son chef, en raison de plusieurs imprécisions dans son récit. Dans son analyse ultérieure, le Conseil du contentieux des étrangers[35], quant à lui, nota qu'au vu des différents éléments du dossier les imprécisions, notamment quant à certaines informations concernant son amant (la notoriété de son homosexualité, son statut personnel, sa tribu, ses études…) ou encore la situation générale en Mauritanie, pouvaient être justifiées. En effet, au regard de la brièveté de leur relation, de l'espacement de leurs rencontres et de la grande discrétion qui entoure l'homosexualité dans ce pays ses méconnaissances, selon lui, étaient compréhensibles. De plus, le Conseil pointa le fait que l'orientation sexuelle de X n'avait jamais été remise en cause et que les persécutions qu'il risquait en cas de retour étaient avérées par le *Werkgroep internationale solidariteit met holebi's (WISH).* Le risque de violences physiques, menaces et isolement social n'était pas, d'après lui, valablement remis en cause par le CGRA. Par ailleurs le message d'avis de recherche, déclarant que X était « inculpé de vouloir pratiquer l'homosexualité […], une pratique ignoble bannie par la religion islamique » et le fait que l'homosexualité soit toujours passible de la peine de mort en Mauritanie ont amené le CCE à conclure qu'il n'était pas exclu que X subisse des persécutions en cas de retour dans son pays. Tous ces éléments combinés, malgré la persistance de quelques incohérences, permettaient donc au CCE de conclure qu' « il existait suffisamment d'indices du bien-fondé des craintes alléguées pour que ce doute lui profite ».

Comme nous pouvons le constater ici, la question centrale semble être celle du fondement des craintes de persécutions. En effet, généralement lorsqu'il y a suffisamment d'éléments afin de conclure à l'existence de craintes fondées de persécution, les instances belges accordent le statut de réfugié sans réellement s'attarder sur l'analyse de l'existence ou non d'un certain groupe social[36]. Dans le cas qui nous concerne, aucuns arguments ne sont en effet développés à cet égard, le CCE se limite ainsi de conclure en disant :

> « Partant, le Conseil estime qu'il y a lieu de considérer que le requérant a des craintes fondées de persécution au sens de l'article 1, section A, § 2 de la Convention de Genève. Cette crainte se rattache à l'appartenance du requérant au groupe social des homosexuels en Mauritanie. »

[32] Rapport annuel du Commissariat général aux réfugiés et aux apatrides, *www.cgra.be*, 2007, p.27.
[33] CCE, 27 mai 2008, n° 11. 832, *affaire X/V,* homosexualité, Mauritanie.
[34] Ci-après CGRA
[35] Ci-après CCE
[36] T. ALEINIKOFF, "Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of "Membership of particular social group", in E. FELLER, V. TÜRK ET F. NICHOLSON (dir. Publ.), *op. cit.*,p. 282; J.-Y. CARLIER, *op. cit.*, p. 282.

Section 2[ème] : La jurisprudence de Common Law

Cette constatation contraste fortement avec la jurisprudence de Common Law dans laquelle la question de la définition du groupe social est abondamment débattue. Qu'il s'agisse de l'arrêt *Sanchez-Trujillo v INS*[37], l'arrêt *Ward*[38] ou encore *Islam and Shah*[39], bien que ne concernant pas la question de l'homosexualité en particluier, tous apportent des éléments intéressants à la discussion sur la définition de cette notion. Un exemple important, concernant lui une personne homosexuelle, est celui de l'affaire *Hernandez-Montiel*[40] sur lequel s'est prononcée la Cour d'appel du 9ème circuit aux Etats-Unis. Dans cette affaire, celle-ci a reconnu que les homosexuels masculins ayant une identité sexuelle féminine constituaient un certain groupe social au sens de la Convention de Genève. La notion de groupe social y a été largement analysée et la Cour arriva à la conclusion suivante: « We thus hold that a 'particular social

> group' is one united by a voluntary association, including a former association, or by an innate characteristic that is so fundamental to the identities or consciences of it members that members either cannot or should not be required to change it »

Cette conclusion permettait donc d'y inclure les homosexuels hommes à identité sexuelle féminine. Cette décision a joué un rôle très important, car elle combine les deux tendances interprétatives de la notion de groupe social qui avaient été retenues auparavant dans la jurisprudence américaine. La première était celle, également appliquée dans la jurisprudence canadienne (notamment dans l'affaire *Ward*[41]*)*, du critère de la « caractéristique fondamentale commune et immuable », développé par le BIA[42] dans l'affaire *Acosta*[43]. La seconde quant à elle, développée dans l'affaire *Sanchez-Trujillo*[44] par la Cour d'appel du 9ème circuit elle même, était celle, fortement rejetée par les Cours étrangères[45], du critère d' « association volontaire et de cohésion ». Ces deux approches de la notion de groupe social visaient toutes deux à en limiter la portée, mais avaient des conséquences très différentes sur les demandes introduites notamment par les homosexuels ou encore les femmes. En effet, alors que ceux-ci répondent certainement à l'exigence de la caractéristique commune et fondamentale à un point tel qu'ils ne peuvent ou ne devraient pas être requis de la changer, il est plus rare que le second critère, d'affiliation et d'homogénéité, soit rempli dans leur cas. En combinant ces deux critères avec la conjonction « or – ou » la Cour d'appel parvient dans l'affaire *Hernandez-Montiel*, par un petit tour de passe, à rectifier son tir sans pour autant perdre la face, et ainsi assurer une protection aux personnes homosexuelles craignant d'être persécutées en cas de retour dans leur pays.

[37] United States Court of Appeals, 9th circuit, 1986, *Sanchez-Trujillo* v. *INS*, 801 F 2d 1571.

[38] Supreme Court of Canada, 1993, *Canada (Attorney-General) v. Ward,* [1993] 2 SCR 689; (1993) 103 DLR (4th) 1.

[39] High Court of Australia, 1997, *Applicant A v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs,* 190 CLR 225; House of Lords, United Kingdom, 25 mars 1999, affaires jointes *Islam v. Secretary of State for the Home Department et R v. Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Department, ex parte Shah,* (1999) 2 WLR 1015 ; (1999) INLR 144, également *IJRL*, 1999, p. 496.

[40] United States Court of Appeals, 9th circuit, 24 août 2000, *Hernandez-Montiel v. INS*, no. 98-70582, 2000 WL 1199531; 77 Int Rel. 1283 du 1er sept. 2000.

[41] Supreme Court of Canada, 1993, *Canada (Attorney-General) v. Ward,* [1993] 2 SCR 689; (1993) 103 DLR (4th) 1.

[42] Board of Immigration Appeals

[43] Board of Immigration Appeals, 1er Mars 1985, *Matter of Acosta*, Interim Decision No. 2986, 1985, 19 I. & N . Decisions 211.

[44]United States Court of Appeals, 9th circuit, 1986, *Sanchez-Trujillo* v. *INS*, 801 F 2d 1571.

[45] High court of Australia, 1997, *Applicant A v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs,* 190 CLR 225; House of Lords, United Kingdom, 25 mars 1999, affaires jointes *Islam v. Secretary of State for the Home Department et R v. Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Department, ex parte Shah,* (1999) 2 WLR 1015 ; (1999) INLR 144, également *IJRL*, 1999, p. 496.

Section 3[ème] : L'application de la directive 2004/83/CE

Cette dualité d'approches rappelle fortement celle de la directive européenne 2004/83/CE qui offre, comme nous l'avons vu, une définition du groupe social à double critère. Ici néanmoins combinés par la conjonction « et », son application pose nombre de question.

- Le premier critère, centré sur les caractéristiques communes et immuables qui définissent le groupe, propose une approche communément appelée l'approche des caractéristiques protégées[46]. Elle vise la délimitation du groupe d'un point de vue interne. Elle fut reprise de[47] et est celle généralement retenue dans la jurisprudence américaine[48] et canadienne[49]. [50]

- Le second critère, qui n'existait pas dans la proposition originale de la directive[51], quant à lui, concerne plutôt la vision sociale du groupe sociale. Appelée approche de la perception sociale, elle exige un examen externe de la question visant à déterminer si ce dernier est reconnu par la société comme groupe différent ou non. Il s'agit d'une approche sociologique de la notion du groupe social. Cette seconde approche reprend celle généralement appliquée en Australie, notamment dans l'arrêt de principe *Applicant A*[52 53].

La conjonction « et » qui unit ces deux critères dans la définition donnée par la directive laisse à penser qu'une application cumulative est nécessaire. Néanmoins, cette double prise en compte viendrait fortement restreindre la portée du motif d'appartenance à un certain groupe social et donc de l'application de la Convention, ce qui semble à priori contraire à l'idée centrale de protection, que nous avons exposée plus avant. Toutefois, cette approche cumulative a été appliquée à plusieurs reprises dans la jurisprudence française.[54]

En France, c'est l'affaire *Ourbhi*[55] qui a marqué un tournant décisif pour les demandes du statut de réfugié en rapport avec l'orientation sexuelle. Ce cas concernait un transsexuel algérien dont le dossier avait été rejeté par la Commission des recours des réfugiés[56]. Le Conseil d'Etat, bien que, comme tel est souvent le cas dans la jurisprudence de droit civil, n'ayant pas fait de grands développements concernant la notion de groupe social, a rejeté la décision, estimant que la CRR n'avait pas suffisamment analysé le cas des transsexuels en Algérie. Elle aurait dû, selon lui, voir s'il constituait un certain groupe social « en raison des caractéristiques communes qui les définissent aux yeux des autorités et de la société ».

[46] SAROLEA, *op. cit.,* Bruxelles, Kluwer, 2007, p. 224.
[47] R. ERRERA, « La directive européenne du 29 avril 2004 sur le statut de réfugié, la protection internationale et les garanties contenues dans la convention européenne des droits de l'homme », *ocp. it.,* p. 353.
[48] M. GOLESTANIAN, « Réfugiés. Vers un élargissement progressif de la notion de « certain groupe social », « particular social group », aux Etats-Unis », *RDIDC,* 2001, pp. 325 à 339.
[49] Notamment, Supreme Court of Canada, 1993, *Canada (Attorney-General) v. Ward,* [1993] 2 SCR 689; (1993) 103 DLR (4th) 1.
[50] T. ALEINIKOFF, "Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of "Membership of particular social group", in E. FELLER, V. TÜRK ET F. NICHOLSON (dir. Publ.), *op. cit.,*p. 282; J.-Y. CARLIER, *op. cit.,* p. 210 à 212.
[51] S. BODART, « Réfugiés conventionnels et protection subsidiaire, apports et apories d'une directive européenne », *J.T.,* 2005, p. 248.
[52] High court of Australia, 1997, *Applicant A v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs,* 190 CLR 225 at 264 à 265;
[53] T. ALEINIKOFF, "Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of "Membership of particular social group", in E. FELLER, V. TÜRK ET F. NICHOLSON (dir. Publ.), *op. cit.,*p. 282; J.-Y. CARLIER, *op. cit.,* p. 210 à 212.
[54] J.-Y. CARLIER, *op. cit.,* p. 213.
[55] Conseil d'Etat, France, 23 juin 1997, *Ourbih,* Decision No. 171858.
[56] Ci-après CRR.

Depuis cet arrêt le statut de réfugié a commencé à être reconnu à des personnes homosexuelles[57]. Un exemple, qui illustre les conséquences de l'application cumulative des deux critères de la directive que nous évoquions, concernait un homosexuel de nationalité marocaine. Ce dernier s'était en effet vu refuser le statut de réfugié au seul motif que, bien qu'ayant « exprimé sincèrement et de façon convaincante son impossibilité de vivre sa sexualité dans son pays d'origine et sa détresse psychologique au regard des normes exigées par la société marocaine en matière de sexualité, il n'a pas allégué avoir cherché à manifester ostensiblement son homosexualité dans son comportement extérieur »[58]. Dans ce dossier, ainsi que dans d'autres affaires plus récentes rejetant les demandes sur la même base[59], la jurisprudence exige en effet un cumul tant du critère des caractéristiques communes et immuables que de celui de la perception sociale. L'existence d'un certain groupe social et l'appartenance du demandeur à ce dernier, est donc soumis tant à l'identification de celui-ci, en interne, par le partage d'une caractéristique commune, que par la perception de la société environnante, en externe. C'est, bien entendu, souvent le second critère qui n'est pas réalisé dans le cas des personnes homosexuelles. En effet, à moins que ces derniers ne soient des porte-drapeaux de la cause homosexuelle ils seront plus rarement perçus par la société comme appartenant à un groupe déterminé.[60]

Comme le démontre justement Monsieur Carlier, cette optique cumulative dérive de la confusion entre la cause et le risque de persécution qui en découle[61]. En effet, la perception de la société, même si elle n'est pas exigée pour que la cause d'appartenance à un groupe social déterminé soit remplie, aura certainement un impact sur le risque de persécution encouru en lien avec cette cause. Si la personne n'est pas perçue par l'extérieur comme appartenant au groupe déterminé, le risque qu'elle soit persécutée sera nécessairement moins important. Bien entendu ce risque ne sera pas exclu, mais relèvera de l'analyse de la « crainte avec raison ».

Pour cette raison une autre approche, celle alternative paraît plus adéquate. Celle-ci revient à reconnaître l'appartenance à un certain groupe social, soit en raison des caractéristiques communes que les membres s'attribuent eux-mêmes, soit en raison de leur attribution à ces derniers par la société environnante. Cette approche alternative est d'ailleurs recommandée par le HCR lui-même :

> « Pour éviter toute absence de protection, le HCR recommande par conséquent aux Etats membres de concilier les deux approches afin de permettre une application alternative plutôt que cumulative des deux concepts »[62].

C'est donc dans le but de s'adapter à cette recommandation et de permettre cette approche alternative que le législateur belge s'est permis de modifier quelque peu la directive 2004/83 dans sa loi de transposition[63]. Ce dernier a en effet ajouté les mots « entre autres » juste avant la présentation des deux critères. La définition du groupe social se lit donc désormais comme suit : « Un groupe est considéré comme un certain groupe social lorsque, *entre autres*, ses

---

[57] T. ALEINIKOFF, "Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of "Membership of particular social group", in E. FELLER, V. TÜRK ET F. NICHOLSON (dir. Publ.), *op. cit.*,p. 282.
[58] CRR, 13 septembre 2001, n° 379319, www.commission-réfugiés.fr.
[59] Notamment CRR, 12 mai 2006, n° 555672, www.commission-réfugiés.fr.
[60] J.-Y. CARLIER, *op. cit.*, p. 213.
[61] *Ibidem*, p. 214.
[62] *HCR, Commentaires annotés du HCR sur la directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts,* Genève, JO L 304/12, 30.9.2004, p. 24.
[63] Loi du 26 juin 1953 relative à la transposition de la Convention internationale du 28 juillet 1951 relative au statut des réfugiés, *M.B.*, 4 octobre 1953.

> membres partagent une caractéristique innée ou une histoire commune qui ne peut être modifiée, ou encore une caractéristique ou une croyance à ce point essentielle pour l'identité ou la conscience qu'il ne devrait pas être exigé d'une personne qu'elle y renonce, et ce groupe a son identité propre dans le pays en question parce qu'il est perçu comme étant différent par la société environnante. »

Ce changement a donc permis à la Belgique d'appliquer cette approche alternative, lui donnant, vous l'aurez compris, la possibilité d'offrir une meilleure protection aux réfugiés craignant avec raison d'être persécutés, dans leur pays d'origine, du fait de leur homosexualité.

Conclusion :

Nous avons, tout au long de ce travail, présenté les différentes approches développées en droit des réfugiés permettant d'offrir une protection adéquate aux personnes qui craignent, en cas de retour dans leur pays, d'être persécutées en raison de leur homosexualité.

Il est globalement admis aujourd'hui, tant par la doctrine que par la jurisprudence, que les personnes homosexuelles sont susceptibles de partager une caractéristique commune et immuable et que de ce fait elles peuvent appartenir à un certain groupe social au sens de la Convention de 1951. Néanmoins, il reste difficile de tirer des conclusions générales, valables dans tous les cas, en cette matière. En effet, il ne faut pas oublier que l'analyse de l'existence d'un certain groupe social doit se faire avant tout au cas par cas, en prenant en compte les paramètres d'une situation individuelle, son passé et son avenir, dans un milieu culturel, social, politique et légal donné[64].[65] Ainsi, ce n'est pas parce que certaines personnes sont considérées comme appartenant à un certain groupe social dans un pays, que des personnes en situation similaire seront considérées de la même manière dans un autre.

Il ne faut pas se voiler la face, la question des réfugiés a toujours existée et existera probablement toujours. Mais les causes de celle-ci changent au fil du temps. Ainsi, si aujourd'hui la crainte de persécution en raison de l'orientation sexuelle, et plus particulièrement l'homosexualité, est une cause de fuite et de demande de protection à l'étranger, si nous continuons à nous battre pour que la tolérance en la matière évolue, elle ne le sera peut-être plus demain.

[64] English Court of Appeal, United Kingdom, 25 mars 1999, *R v. Immigration Appeal Tribunal and Secretary of State for the Home Department, ex parte Shah,* (1997) ImmAR145 at 153.

[65] T. ALEINIKOFF, "Protected characteristics and social perceptions: an analysis of the meaning of "Membership of particular social group", in E. FELLER, V. TÜRK ET F. NICHOLSON (dir. Publ.), *op. cit.,* p. 309 et 310.